

白领犯罪前沿问题

——白领犯罪国际研讨会会议综述

陈可倩*

龚自力**

目次

- 一、中美反腐败侦查和执法趋势
- 二、全球反腐环境下的企业合规管理
- 三、中美白领犯罪执法挑战
- 四、国际性内部调查及信息披露
- 五、全球反垄断执法发展及对中国和亚洲的预期影响
- 六、法人犯罪的比较法律体系
- 七、企业社会责任的制度化
- 八、网络犯罪与虚拟货币
- 九、中美白领犯罪起诉的经验教训
- 十、结语

摘要 在市场经济高度发达的社会中,犯罪是由贫困所导致的传统犯罪学理论日渐式微,而长期被忽视的社会中上阶层人士的“白领犯罪”问题则成为研究热点。面对近年来全球日益凸显的白领犯罪问题,2015年11月19日至20日召开的“白领犯罪国际研讨会”围绕这一主题就企业合规管理、白领犯罪特别执法、国际性内部调查和信息披露、法人犯罪、企业社会责任、反腐败侦查与执法等问题进行了深入探讨和交流。本文对会议的焦点问题进行了概括和梳理,以期如实反映会议所取得的研究成果,并推动对白领犯罪问题的理论研究和实践探索。

关键词 白领犯罪 企业合规 反腐败 法人犯罪 企业社会责任

* 上海交通大学凯原法学院讲师、法学博士。

** 上海交通大学凯原法学院2015级刑法专业硕士研究生。

“白领犯罪”是在1939年由美国社会学家萨瑟兰首次提出的概念,他将白领犯罪界定为“由具有体面身份和较高社会地位的人在其职业活动过程中实施的犯罪行为”。^{〔1〕}在萨瑟兰之后,这个概念的内涵随着社会的发展而几经扩展,广义的白领犯罪将高智能犯罪、法人犯罪甚至法人的某些违法行为涵盖其中。^{〔2〕}

随着我国社会主义市场经济的深化改革,高级别官员和企业高层中贪腐案件的频发以及网络犯罪、法人犯罪的兴起,使得白领犯罪日益成为一个突出的法律问题和社会问题。特别是在当今全球化金融和执法环境下,国际性白领犯罪更是呈现出极其复杂的态势。为了更好地应对这一问题,2015年11月19日至20日,由上海交通大学凯原法学院和美国律师协会刑事司法部(American Bar Association Criminal Justice Section)主办,中国公司法务研究院联合主办,法制日报社、上海市法学会共同指导的“白领犯罪国际研讨会”在上海浦东丽思卡尔顿酒店召开。来自中、美、日等国的一百余名专家、学者和法律事务人员就企业合规管理、白领犯罪特别执法、国际性内部调查和信息披露、法人犯罪、企业社会责任、反腐败侦查与执法等问题展开深入研讨。由于白领犯罪论题涉及领域广泛,且与会人士众多,发言时间较短,本文将着眼于会议的焦点问题,以期重现发言者的主要观点。现将研讨会内容综述如下:

一、中美反腐败侦查和执法趋势

随着中国社会主义市场经济体制的深化改革,反腐败工作也面临着新挑战和新问题。执法机构如何提高执法效率、企业应该采取何种应对措施、怎样实现国家层面的司法协助都成了值得探讨的话题。

商业贿赂是一种利用社会公权力进行的腐败行为。^{〔3〕}中国目前针对商业贿赂行为的规定在《刑法》《反不正当竞争法》以及行政法规中都有所体现。2015年11月1日生效的《刑法修正案(九)》完善了有关行贿犯罪的法律规定,并增加罚金刑以加大处罚力度,以图在根源上遏制贿赂犯罪的滋生和蔓延。上海市人民检察院副检察长龚培华指出,目前我国刑法还是更多地关注对国家工作人员的行贿行为。与传统的渎职类犯罪相比,经济的高速发展使得商业领域对非国家工作人员的贿赂问题尤为突出,但我国现有的规制贿赂犯罪行为的罪名体系不够严密,对非国家工作人员贿赂犯罪罪名结构相对简单,另外,商业贿赂罪状的有关规定加大了认定犯罪的难度,不合理地增加了惩治犯罪的成本。因此,立法还需进一步完善商业贿赂犯罪的有关规定,维护公平自由的商业环境。《2014—2015中国反商业贿赂调研报告》主笔尹云霞对中国反商业贿赂的执法趋势进

〔1〕 [美] E. H. 萨瑟兰:《白领犯罪》,赵宝成等译,中国大百科全书出版社2008年版,第7页。英文原文为:committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation. Edwin H. Sutherland, “White Collar Criminality”, 5 (1) American Sociological Review (Feb. 1940).

〔2〕 如法人的不公平交易、虚假广告、侵犯知识产权、金融诈骗、商业贿赂等违法行为。白领犯罪的研究重心经历了从个体白领犯罪到职业犯罪再到组织犯罪的发展过程。在这个过程中,研究者亦从传统犯罪学中对个体犯罪人的研究,转变为关注“那些促使个体实施违法行为的社会及组织结构内部的压力”。参见: Tony G. Poveda, *Rethinking White-collar Crime* (Westport, CT: Praeger Publishers Inc., 1995). G. Geis, R. Meier and L. Salinger (Eds), *White-Collar Crime: Classic and Contemporary Views*, Third Edition (London: The Free Press, 1995). 孟维德:《白领犯罪——现象、理论与对策》,亚太图书出版社2001年版;黄锦就、梅建明、黄慧霞:《论白领犯罪》,载《中国人民公安大学学报》2004年第2期。

〔3〕 参见何家弘:《中国腐败犯罪的现状评估》,载《现代法学》2014年第6期。

行了分析,她指出,从公安、检察机关对贿赂犯罪的侦查和工商管理部門对不正当竞争行为的调查都可以看出,执法机构正通过整合执法资源和增加执法人员来强化禁止商业贿赂的执法力量。而上海均瑶(集团)有限公司法务总监裴学龙则表示,由于中国经济的快速增长,民营企业的战略缺失,法律对民营企业中的贿赂行为关注度还不够。中国民营企业在反腐运动中应该积极采取相应措施,完善内部审计和外部监督制度,密切配合执法机构,缩小员工从事非法活动的空间,杜绝企业员工实施贿赂行为。

就贿赂对象而言,中国的商业贿赂除了对国家工作人员的贿赂,还包括以佣金回扣等方式对非国家工作人员的贿赂行为。而美国的 FCPA 只禁止对外国“公职人员”的贿赂。FCPA 主要包含“反贿赂条款”和“加强内部控制的会计条款”两大部分,其中在“反贿赂条款”中规定了禁止直接或间接地向外国政府官员提供任何有价之物影响其决定,以图取得或保留某种业务,或取得任何不正当利益。^[4] Kilpatrick Townsend 合伙人斯考特·L. 马拉(Scott L. Marrah)表示,对这一规定美国司法部和证券交易委员会都可做扩大解释,例如“任何有价之物”不限于现金,一些跨国银行为了从中国获得业务而为中国官员的子女提供工作也属于“有价之物”的范畴。而“加强内部控制的会计条款”则要求美国上市公司具备准确而完整的账簿和记录以及适当的监控机制,以发现和防止贿赂。在执法层面上,近年来美国在海外反腐案件中积极采取诸如安插线人、谈话录音等有效措施展开调查。盛德国际律师事务所合伙人卡伦·A. 坡普(Karen A. Popp)指出,美国执法部门正扩大可用资源,加强与国内相关部门如国际商会之间的合作,并逐步建立与国外执法人员的国际合作,例如中美双方开始略过烦琐的程序而通过邮件、电话等方式进行直接沟通,以快速获取案件相关信息。

企业的合规计划对处理腐败危机有着重要作用。英国《反贿赂法》规定企业采取“充分措施”防止贿赂行为的可以作为抗辩事由,而美国司法部和证监会也将合规计划作为考量因素之一,即参考企业合规计划的评估结果以决定是否信任企业的自我报告或是否起诉该企业。^[5] King & Spalding 合伙人、美国前代理副总检察长盖瑞·G. 格林德勒(Gary G. Grindler)表示企业合规属于高成本领域,需要投入大量资源,因此企业高层管理人员的支持对推行合规计划起着关键作用。高层管理人员应当对相关人员进行培训,在分析各国反贿赂法律的基础上反映出企业完整的合规计划,还要追踪企业账面记录,核实政治捐赠、慈善捐赠等特殊支出,并将合规计划的实施作为业绩评估标准之一,以完善的合规计划降低员工实施商业贿赂的风险。

腐败犯罪作为白领犯罪的典型,在世界各国都由来已久,中国的结构性腐败更是构成了白领犯罪的显著特色。上海交通大学凯原法学院季卫东院长指出,当腐败蔓延到政治和经济的权力结构顶层,严惩腐败犯罪作为治标举措就捉襟见肘了,在十八届四中全会全面推进依法治国的决定公布之后,治本举措已经陆续出台,制度化反腐、法治反腐的趋势也在逐步呈现。随着全球化的发展,中国也积极投入到了国际反腐败行动中,通过国家间合作共同查处跨国商业贿赂案件,建设国

[4] Stacey L. McGraw and Stacey E. Rufe, “The Foreign Corrupt Practices Act: An Overview of the Law and Coverage-Related Issues”, Insurance Coverage Litigation (Mar. 2014), available at <http://apps.americanbar.org/litigationcommittees/insurance/articles/janfeb2014-foreign-corrupt-practices-act.html>.

[5] Richard C. Rosalez, Weston C. Loegering and Harriet Territt, “The UK’s Bribery Act and the FCPA Compared”, American Bar Association Section of Litigation (Jan. 2010), available at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/criminal_justice/2015/2015shanghai_BriberyAct_FCPA_Compared_authcheckdam.pdf.

家廉洁政治并促进企业合法经营。

二、全球反腐环境下的企业合规管理

在经济全球化的背景之下,越来越多的跨国企业进入中国市场,而同样中国企业也在走向海外。为了应对企业经营中常见的境外贿赂问题,各国都颁布了相关的法律以规制商业贿赂行为。美国早在1977年就施行了《海外反腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act,以下简称FCPA),2015年9月美国司法部副总检察长萨利·耶茨(Sally Yates)签署了《公司违法行为个人责任指令》(Individual Accountability for Corporate Wrongdoing,以下简称“耶茨备忘录”)以加强企业违法犯罪中的个人制裁。英国也在2010年颁布《反贿赂法》(Bribery Act 2010),着重打击跨国交易过程中的商业贿赂行为。我国在加入《联合国反腐败公约》后,2011年《刑法修正案(八)》就将对外国公职人员、国际公共组织官员行贿行为纳入了我国刑法规定的犯罪范畴。相关法律法规的制定使企业在经营活动中行为合规的重要性进一步增加,也要求企业内部法律顾问提出新的应对策略。

在复杂多变的全球商业环境下,企业开展全球合规计划已成为必然趋势。所谓合规计划,是指企业或者其他组织体在法定框架内,结合组织体自身的组织文化、组织性质以及组织规模等特殊因素,设立一套违法和犯罪行为的预防、发现及报告机制,从而达到减轻或免除责任的目的。^{〔6〕} 合规计划不仅仅是制度层面的机制,而且应该被切实地贯彻和执行,以谨慎监管企业内部行为,控制法律风险。二十一世纪福克斯公司副总裁兼副总法律顾问布莱恩·R. 迈克尔(Brian R. Michael)认为,跨国企业在海外商业活动中必须考量各国的法律制度,推动全球合规。企业实施的全球合规计划应当包括培训、调查以及政策研究三个部分。其中培训要针对不同国家的实际情况选择不同的内容,并致力于培养企业管理者和员工的合规意识。上海城建集团公司总法律顾问张忠强调,培养员工的合规意识是合规管理中的重要一环,法律顾问应利用所有可能的宣传渠道,持续不断地向员工灌输合规理念,鼓励员工参与监督反腐败行为。在调查方面,企业法律顾问需要指导不同层级的员工如何合作以应对执法部门的突袭调查。合规还需要考量不同国家的政策,如果国家的政策偏离企业要求,例如韩国允许员工在特殊情况下接受礼品,这种例外在企业法律顾问批准的前提下是允许的,但必须有法律上的支持才可以实施。

美国司法部近期发布的耶茨备忘录强调执法过程中的个人配合,也要求涉案个人承担相应责任,这一指令表现出美国司法部欲将企业高层绳之以法的倾向。布莱恩·R. 迈克尔指出,如果企业内部人员实施了违法行为,法律顾问首先要迅速采取调查措施并予以制裁,再根据不同国家的法律规定,将调查信息披露给相应的执法部门,为企业争取获得宽大处理的可能性。另外,在海外反腐败领域,合作伙伴的风险问题尤为突出。跨国企业一旦有了合作伙伴就必须对其进行严格监管,确保双方适用同样的规则。在企业合规管理中要坚持零容忍态度,只要合作伙伴有违法行为,就必须停止合作。在我国2016年2月25日公布的《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》中也体现了这一趋势。其中第28条规定,企业在明知或者应知有不正当竞争行为(包括商业贿赂)的情况下,仍为该等行为提供例如生产、销售、仓储、运输、网络服务、技术支持、广告推广、支付结算等便

〔6〕 参见李本灿:《企业犯罪预防中合规计划制度的借鉴》,载《中国法学》2015年第5期,第177页。

利条件的,将承担责任并被处以罚款。^{〔7〕}这一规定无疑加重了企业对于合作伙伴(包括客户、经销商、代理商等)的合规注意义务和审查负担,对于企业在经济利益驱动下有意无意“放任”其客户、合作商的不正当竞争行为,将起到巨大的立法威慑作用。因此,企业亟须强化内部政策,加强对员工的合规培训,尽快向员工及合作方提示并更新反腐败领域的信息。

根据美国司法部和证监会披露的数据,在2005年到2014年10年间各国的执法案件总量分布中,中国在40个国家中排名第二,这反映出中国在国际反腐环境下的严峻形势。^{〔8〕}当然,这与中国特殊的经济和政治体系密切相关。一方面FCPA禁止企业为获得商业机会而向外国“公职人员”行贿,由于在中国国有经济仍然是国民经济的主导力量,因此FCPA中界定的“公职人员”在中国对商业活动的参与度高,受贿的可能性大;另一方面中国商业文化对贿赂行为的容忍度较高,跨国企业内部的中国员工反商业贿赂意识不强。^{〔9〕}但近年来中国反腐运动的强势推进使得企业也必须开始重视实施有效的合规管理,葛兰素史克案更是将中国的反商业贿赂法推向了公众视野。根据《2014—2015中国反商业贿赂调研报告暨中国首部反商业贿赂蓝皮书》显示,已有超过50%的受访企业建立了反商业贿赂的合规政策、培训以及相关预警和处理机制,但其仍然面临或经历着合规政策建立后执行的阻力。^{〔10〕}一方面企业内部利益的冲突导致意见难以统一,另外个别部门的权力过大也容易左右政策的导向。由此企业高层参与合规计划成为必要。张忠指出,在合规管理的组织架构上,应要求企业高层管理人员直接负责整体合规计划的实施,只有高层管理人员参与并承担责任,才能保证企业合规管理制度真正行之有效。

全球合规计划的开展已然成为跨国企业间的共识,而各国的法律、政策、文化因素也是企业合规管理中需要考量的重要因素,只有不断加强企业员工法律培训,完善企业内部反商业贿赂制度并改进第三方合作机制,才能使企业从容面对合规法律风险。

三、中美白领犯罪执法挑战

白领犯罪作为一种高智商犯罪,犯罪人除依靠个人力量,还需要利用经济或社会资源甚至政治权力,以实施犯罪或扩大犯罪成果。白领犯罪的复杂性和隐蔽性导致执法者在查处犯罪的过程中面临着严峻挑战。为了应对电子证据、企业违法犯罪中个人问责、证券犯罪的查处模式和国际司法协助等一系列普遍性的执法难题,各国都采取了具体的措施以遏制白领犯罪的蔓延。

对于通过电子技术实施的白领犯罪,执法者在查处过程中所面临的最大的挑战就是电子证据。其来源的特殊性以及存储的短暂性加大了执法者取证和保全的难度。^{〔11〕}美国司法部助理检察长凯瑟琳·R·豪恩(Kathryn R. Haun)表示,在境外调取电子证据的过程中,复杂且冗长的程序通常需要几年才能完成,而电子证据的保存期限通常较短,例如在某些国家IP地址记录超过三个月就

〔7〕《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》第28条规定:明知或者应知有违反本法规定的不正当竞争行为,仍为其提供生产、销售、仓储、运输、网络服务、技术支持、广告推广、支付结算等便利条件的,根据情节处以十万元以上一百万元以下的罚款。主动配合监督检查部门调查,如实说明情况、提供证据的,可以从轻或者减轻处罚。

〔8〕Resource: 2014 Year-End FCPA Update by Gibson Dunn, available at <http://www.gibsondunn.com/publications/Pages/2014-Year-End-FCPA-Update.aspx>.

〔9〕Daniel Chow, "China Under The Foreign Corrupt Practices Act", 2 Wisconsin Law Review 575(2012).

〔10〕参见《2014—2015中国反商业贿赂调研报告暨中国首部反商业贿赂蓝皮书》第2章“摸底我国企业反商业贿赂合规现状”。

〔11〕参见李秀琴、陈明:《检察环节电子证据的审查》,载《人民检察》2011年第22期,第31页。

会被自动删除。现今多发的网络犯罪、金融犯罪等白领犯罪都涉及大量的数字化信息,因此如何快速获取境外电子证据是执法过程中亟须解决的一大问题。凯瑟琳·R·豪恩认为各国应在司法程序上加大合作力度,形成双向法律支持,缩短审批流程所需时间,以实现境外电子证据的快速获取。由于电子证据的开放性,其极易被人为地篡改或伪造,因此如何审查电子证据也成为法院面临的难题。^[12]上海市第一中级人民法院刑一庭副庭长余剑强调应确立电子证据的审查和判断规则,例如原始储存介质规则、技术规范规则等,严密审查证据的真实性与关联性,确保电子证据真实地发挥作用。

在企业违法犯罪中加强个人问责已经成为美国司法部工作的重中之重,耶茨备忘录提出的六大步骤也在实践这一趋势。如果企业希望司法部考虑其合作态度,就必须向司法部提供实施违法行为个人的全部相关事实。^[13]该指令明确要求企业在进行内部调查时要具体识别涉及案件的个人,并及时向执法者提供信息。美国副总检察长徐胜熙(Sung — Hee SUH)阐述了耶茨备忘录这一政策的制定目的,即促使司法部调查并起诉企业违法犯罪中应负刑事责任的个人。企业是通过个人实施违法行为的,司法部长长期以来都致力于追责企业中具体的决策者。企业仅提供破解案件的信息而不涉及具体个人的,司法部将不予确认其合作信用。为激励企业积极配合调查,司法部还公开各类案件信息以加大执法透明度,让企业能够有根据地考量自主披露违法犯罪行为后所获得的量刑上的从宽处理。司法部这一系列新政策推进必将有助于侦破案件、增进问责并实现司法公平的核心使命。

证券犯罪作为高智能型的白领犯罪,是以内幕交易、操纵市场、欺诈客户和虚假陈述等犯罪形式严重损害投资者利益的行为。这种行为不仅严重破坏了我国金融证券业的良性发展,也对整个国民经济的发展造成了消极的影响。我国对证券犯罪的查处是采用“集中化的线性查处模式”,即行政稽查与刑事侦查的集中以及行政稽查的层层汇报模式。在该模式下,涉案当事人往往在稽查流程中就知道哪些行为和人员会涉嫌犯罪,从而实施销毁证据、窜供、作伪证等不法行为,增加案件进入刑事司法程序的难度。另外,行政稽查和刑事侦查的相互独立性也带来了重复调查问题。^[14]上海市人民检察院金融检察处处长肖凯指出,为解决这一难题,上海市人民检察院首设金融检察处以预防和惩治金融、证券犯罪,并积极探索专业化工作模式,将检察机关分散在不同部门之间的职能进行整合,使得金融检察处有权进行起诉、批捕、采取预防措施并对新的类案进行研究。因此,整合后的金融检察作为金融法治的重要组成部分,对规范金融交易行为、形成健康有序的金融市场起着重要作用。

正如日本原检察总长原田明夫在本次会议的致辞中所说:“白领犯罪是手中有权力的人实施的犯罪,对我们所共同构建的社会有着更强的摧毁力。”因此全力应对白领犯罪的执法挑战对我国建立公平、有秩序的社会共同体具有重大意义。

四、国际性内部调查及信息披露

随着国际资本的快速流动,商业贿赂成为大多数跨国企业开拓海外市场的工具,台下交易的

^[12] 参见潘亚奇:《电子证据证明力之法律思考》,载《前沿》2010年第23期,第83页。

^[13] Individual Accountability for Corporate Wrongdoing, Guide 1, US Department of Justice, available at <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>.

^[14] 参见叶旺春:《证券领域行政执法与刑事司法的衔接问题研究》,载《证券市场导报》2012年第5期。

现象更是层出不穷,这些严重的违法行为破坏了公平、积极的国际贸易环境,导致国际间商业贿赂不断蔓延。^[15] 而企业在对员工实施境外贿赂行为开展调查的过程中,不仅要确定调查范围,还要考虑调查的国际性质和证据的保存措施等问题,如何开展国际性内部调查已经成为跨国企业所面临的现实性难题。由于涉及不同国家的多重管辖主体,企业在调查后选择信息披露的时间和对象就显得尤为重要。企业必须对多个国家有关信息披露激励制度的法律法规进行比较,并考虑各国监管机构的合作情况,以获得最大程度的宽大处理。

内部调查是企业完善合规管理的重要步骤,因此必须成立专门的调查委员会并制定清晰的调查计划以精确调查范围,获取有效信息。美国德杰律师事务所合伙人卡里娜·特(Kareena Teh)指出,虽然通常情况下是由董事会对国际性内部调查进行监管,但由于董事会成员也可能牵涉其中,因此需成立专门的调查委员会以保证调查的独立性。在调查过程中如何完整地保存证据也是调查的重中之重,毫无预告地突袭调查很可能导致不知情的员工销毁或破坏证据,美迈斯律师事务所合伙人罗纳德·郑(Ronald Cheng)认为适宜的做法是提前向员工说明调查情况,并联合企业相关部门封存服务器以获取并复制证据。

国际性内部调查的跨境性质不可避免地会产生泄露国家秘密的风险,Debevoise & Plimpton LLP 的合伙人菲利普·若里柯(Philip Rohlik)认为最谨慎的做法就是先进行相关性审查再开展国家秘密审查,在保障效率的同时将监管的风险降到最低。另外,企业应该在搜集数据的国家直接进行数据审查,实现数据本地化,以避免通过信息传输进行跨国数据审查造成合规上的复杂性。除了国家秘密,企业对于员工的暗中监察还存在侵犯个人隐私的可能性,对个人信息进行调查时必须按照合法程序,并依照当地的法律划定合法监察的范围。

我国《律师法》第 38 条规定了律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和商业秘密,不得泄露当事人的隐私,对在执业活动中知悉的委托人不愿泄露的情况和信息,也应当予以保密。上海邦信阳·中建中汇律师事务所合伙人邹林林指出,律师的保密义务决定了其不能简单地提供全部文件以应对执法机构对企业提供相关信息的要求,为配合执法机构的调查,律师应该在提供信息前先评估所有文件,整理出执法机构可能需要且不涉及商业秘密和隐私的部分以配合调查。

对于跨境违法犯罪行为,企业开展国际性内部调查的主要目的在于控制事态的发展,在监管部门调查后才披露信息极可能导致监管部门的从严处置。为了获得执法机构的宽大处理,企业开展内部调查后披露相关信息成为必不可少的步骤。Borden Ladner Gervais LLP 合伙人格雷姆·汉密尔顿(Graeme Hamilton)认为,在国际性的多管辖主体情况下,企业应该初步调查涉案主体、地区以及相关的监管机构等基本事实,并且确定是否有相关国家的法律规定了强制披露义务。由于受到各国多家监管机构的共同管辖,企业选择披露对象就成为一大难题。日本亚太法协会原会长、Matsuo & Kosugi Law Firm 合伙人小杉丈夫表示在日本汽车配件垄断案中,由于涉及中国、欧盟、韩国等多个国家及地区的监管,不同国家处罚的严苛程度就成为企业坦白以寻求宽大处理的重点考虑对象。信息披露在不同国家和不同类型的调查中也存在不同的做法,因此选择信息披露的时点也需要具体分析。Quinn Emmanuel Urquhart Sullivan LLP 合伙人塞缪尔·G. 威廉姆森(Samuel G. Williamson)指出,在反垄断调查中,由于特赦制度的激励作用,企业会选择尽早披露以获得宽大处理,而在证券类调查中则通常需要至少三个月的自我调查期,之后才适合向执法机构披露。

国际性内部调查是跨国企业加强自身合规管理并获取宽大处理的重要措施,由于调查涉及多

[15] 参见何平:《强化治理商业贿赂的国际合作》,载《经济研究参考》2012年第63期。

个国家的法律法规和执法机构,因此需要更多地考虑国家秘密和商业秘密的泄露以及证据的搜集和保存等细节问题。对于调查信息的披露,企业也应当进行成本效益分析,在维护企业名誉的同时配合执法机构以获取信任,最终达到有效控制事态发展的目标。

五、全球反垄断执法发展及 对中国和亚洲的预期影响

近年来,反垄断调查的全球化趋势明显,各国反垄断政策的趋同也为竞争案件的国际合作打下了良好的基础。全球反垄断执法的经验和措施对中国和亚洲都具有重要的借鉴意义,中国对宽恕制度、黎明突袭等手段的引入完善了竞争政策和执法方式,实现了竞争执法的多维化发展。

反垄断法宽恕制度自1978年美国首创至今,已被全球各国广泛采用。该制度主要依据囚徒困境模型设置,以减轻处罚的方式激励相关方披露有效信息,提高反垄断执法效率。^[16]作为一种重要性得到国际公认的垄断协议执法机制,我国《反垄断法》第46条第2款也规定了宽恕制度。另外,《反价格垄断行政执法程序规定》和《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》也对此进行了细化。根据统计数据显示,我国宽恕制度的运行现状具有集中适用于价格垄断协议、扩大适用到纵向垄断的显著特点,宽恕条件适用也存在不一致的地方。^[17]上海交通大学凯原法学院常务副院长王先林教授指出,总的来说,中国的宽恕制度在适用层面上还过于笼统,尤其是国家发改委与工商总局两大反垄断执法机构适用宽恕制度的具体规则还需统一化,具体的实体和程序规则还要细化与完善,以更好地发挥宽恕制度在反垄断执法实践中的积极作用。旁观美国,宽恕制度已成为破获卡特尔违法行为的最有效工具。但Vinson & Elkins LLP合伙人克雷格·P.席波(Craig P. Seebald)指出,企业应警惕宽恕制度中的“陷阱”问题。美国1890年《谢尔曼法》第1条和第2条规定了反垄断的刑事条款,以禁止通过契约、联合或共谋遏制贸易或商业的行为。而如果企业希望获得宽恕,前提就是要先承认构成犯罪,所以申请宽恕在把矛头指向他人的同时也会指向自己。此外为获得宽恕而提供的材料也会成为民事诉讼中原告的有力证据,最终导致企业败诉并承担赔偿责任。因此,企业在申请宽恕之前必须考虑这一“陷阱”以决定是否承认犯罪。

2014年奥迪、克莱斯勒、奔驰、微软、高通等多家跨国企业都遭到了执法机构的突袭检查。起源于欧美的“黎明突袭”是未事先通知而进行的检查,目的是在被检查人没有防备的情况下获得大量的违法证据。在欧盟的反垄断调查活动中,“黎明突袭”已被制度化,并广泛使用。^[18]在中国,“黎明突袭”也逐渐成为一种搜集和固定涉案企业违法证据的普遍做法,以防止涉案企业隐匿、销毁、变造或伪造证据。一号店副总裁、总法律顾问高唤栋指出,为了能够从容应对突袭,企业应当安排员工接受专门培训,告知员工面临突袭检查时立即联系律师,以避免调查人员从毫无准备的员工口中获得不利于企业的不正确、不完整或断章取义的信息。企业管理者应积极制定内部应对策略,将调查区域与工作区域隔离,禁止员工私下讨论案件,并考虑向公众披露相关信息,尽力将突袭造成的负面影响降到最低。

在全球反垄断的背景下,明确并规范宽恕制度的具体适用规则是节约执法成本、优化反垄断

[16] 参见娄丙录:《论反垄断法之宽恕制度》,载《政法论坛》2009年第3期,第117页。

[17] 参见洪莹莹:《反垄断法宽恕制度的中国实践及理论反思》,载《政治与法律》2015年第5期,第94~95页。

[18] 参见时建中、马成豪:《欧美反汽车配件销售领域垄断行为的执法经验及对我国的启示》,载《中国价格监管与反垄断》2014年第9期,第25页。

执法环境的必经之路。企业应对执法部门的“黎明突袭”也应采取更加完善高效的措施。同时,垄断行为作为最具国际违法性的限制竞争行为,应当针对其建立国家层面的反垄断执法合作机制,提升国际发展领域的交流与合作水平,以维护国际市场的竞争秩序,保护消费者权益。^[19]

六、法人犯罪的比较法律体系

2012年以来中国不断加大反腐力度,且开始转向企业管理层,法人犯罪也成为反腐关注的焦点之一。中国、美国和其他国家在法人承担刑事责任的条件、范围等方面的法律规定都存在较大差别,但正是这些差异的存在才使得国家间的互助和交流成为可能。

中国刑法中的法人犯罪主要指单位犯罪,《刑法》中共包含139个可由单位构成的罪名。近三十年的单位犯罪立法演进和司法实践,使得我国逐步形成了单位犯罪的法律体系。^[20]上海交通大学凯原法学院张绍谦教授指出,2015年11月1日施行的《刑法修正案(九)》在多个罪名中增加了单位犯罪形式,且规定单位既可以构成受贿罪也可构成行贿罪,表明我国加大处置单位犯罪的决心。对于单位犯罪的处罚,我国实行双罚制原则,既要对单位判处罚金,还要对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照规定予以处罚,在保证追究单位责任的同时也不放纵直接负责的个人。^[21]

我国对单位犯罪的认定标准包括是否以单位名义实施和违法所得是否归单位所有,^[22]而英国和美国的认定则有所不同。Carlton Fields Jordan Burton 股东凯文·J. 那珀(Kevin J. Napper)指出,美国法律规定企业员工或代理商实施的犯罪行为是否归咎于企业责任的主要标准是看该行为是否为企业带来利益,与员工在企业中的职位无关。例如FCPA规定企业内部的管理人员、董事、职员、代理人以及股东实施了贿赂行为,根据“雇主责任原则”,只要这些行为是在其职权范围内实施且为了公司的利益,企业就应该承担相应的刑事责任。英国的情况则有所不同,企业为个人行为承担责任的门槛更高,只在企业的高层犯罪时才可能出现。但这一规定也存在例外,2010年《反贿赂法》规定了“商业机构未能预防贿赂罪”,企业的关联人为了获得或维持该企业的业务,或者出于企业的利益考虑而实施贿赂行为的,除非企业已采取“充分措施”预防贿赂,否则无论企业是否知情或者参与,企业必须为个人行为承担刑事责任。

由于商业环境的变化,企业规模在不断扩大,企业实施逃税和腐败犯罪情况变得更加复杂。尤其是实施商业贿赂的手段呈现出多样性和隐秘性特征,例如安排出国旅游、安排对方子女留学、进行关联交易、聘请高薪顾问等形式,这些隐秘的手段一般很难被发现,给跨国商业贿赂犯罪的治理带来严重障碍。^[23]法人犯罪难以查处的原因主要在于企业接触人群的不确定性加大了调查难度,且企业之间财务往来频繁,账外操作的空间大,调查者很难获得完整数据用以相互验证。应对复杂的法人犯罪情形,Kobre & Kim LLP 合伙人威廉姆·F. 麦戈文(William F. McGovern)建议监管机构转变调查策略,从不同的利益相关者角度出发,重视对事实的掌握,在不同的辖区采用不

[19] 参见胡润田:《全球反垄断政策的趋同与差距》,载《朝阳法律评论》2012年第1期,第246页。

[20] 参见黄晓亮:《论我国“单位犯罪”概念的摒弃——以域外比较为切入点》,载《政治与法律》2015年第3期,第29页。

[21] 参见王良顺:《论单位犯罪的处罚原则》,载《中国刑事法杂志》2007年第2期,第19页。

[22] 参见黎宏:《单位犯罪中单位意思的界定》,载《法学》2013年第12期,第154页。

[23] 参见于冲:《在华外国公司商业贿赂犯罪的实证研究与刑法规制》,载《犯罪研究》2013年第1期,第51页。

同的技巧,结合按时间调查、系统调查和突袭调查等多种方式获取相关证据。

法人犯罪作为一种复杂的犯罪形态,具有社会危害性大、隐蔽性强、主体面广等显著特点。^[24]从比较法的视角来看,各国虽然对法人犯罪的具体规定各有不同,但主要是以是否为企业创造利益作为归责标准。在全球反腐态势下,各国对于企业贿赂犯罪的惩处力度普遍加大,规制范围进一步扩展,以期通过预防和遏制腐败来保障经济的健康发展。

七、企业社会责任的制度化

在中国经济发展过程中,企业无疑发挥了至关重要的作用。但近年来不断发生的食品安全事故、安全生产事故和环境污染事故却促使人们开始重新审视企业的社会责任。从全球发展趋势来看,各国主要以人权保障和环境保护两个方面作为对企业社会责任的要求。英国2015年出台的《现代反奴隶制法案2015》规定企业在每个财政年度要提供奴隶和人口贩卖声明,以确保其产业链中不存在奴役或雇用走私人口及童工的情形。^[25]美国《加州供应链透明度法案》也同样要求企业不得奴役他人且必须合法雇用劳工。^[26]而相对于发达国家和国际组织的先行一步,我国大约是在2006年才开始关注企业社会责任问题,目前仍处于制度探索阶段。

企业不能独立于社会而存在,企业利益和社会利益是相互依存而不是相互矛盾的。企业责任与企业社会责任不同。企业作为市场主体,主要责任在于创造利润。企业社会责任就是要求企业在利用社会资源盈利之后回馈社会。^[27]福特汉姆大学法学院 Louis Stein 讲席教授布鲁斯·A. 格林(Bruce A. Green)表示企业社会责任并没有固定的定义,每一个企业基于其制造的产品和提供的服务不同对社会责任都会有自己的理解。界定企业承担的责任是属于企业内部责任还是社会责任也比较困难,如企业如何对待自己的员工,过去被作为有关企业文化的内部事务,但现在却被视作企业社会责任。美国佐治亚大学法学院 John A. Sibley 讲席教授、美国前副总检察长拉里·迪恩·汤普森(Larry Dean Thompson)认为,从执法者的角度而言,企业配合监管机构的调查就属于其应该承担的社会责任。企业对于内部的违法行为应该及时反馈给监管机关,不得销毁或隐藏证据。对公众进行全面透明的信息披露也是企业社会责任的一部分,企业应该与社会形成良好的资源互动,在创造财富的同时为社会提供更多的服务。

2015年6月国家质检总局、国家标准委联合发布的《社会责任指南》(GB/T 36000—2015)提出企业履行社会责任的基本要求,其中履行法律义务是企业承担社会责任的基础。中国现阶段的企业社会责任仍然处于合规防范风险的初级阶段,将履行法律义务等同于履行社会责任。而由于法律对企业责任的内容界定不清,企业被动承担不合理责任而产生的责任纠纷现象普遍,不同企业对社会责任的内涵及遵守法律的重要性认识也存在明显差异。^[28]针对中国企业社会责任面临的挑战,北京融智企业社会责任研究所所长王晓光认为应当建立相关法律法规,制定实施与企业社会责任绩效关系相关的分析模型,推进不同社会主体对企业社会责任的内涵与影响达成共识,

[24] 参见徐启明:《浅议法人犯罪的刑事责任基础》,载《沈阳干部学刊》2008年第2期,第36页。

[25] 参见李长海:《英国出台〈现代反奴隶制法案2015〉》,载《WTO经济导刊》2015年第5期。

[26] Sarah Altschuller, Amyk Lehr, and Andrew Orsmond, "Corporate Social Responsibility", 45 The International Lawyer 185(2011).

[27] 参见张维迎:《正确解读利润与企业社会责任》,载《长三角》2007年第11期。

[28] 参见谢宇飞、张超:《我国企业社会责任的现状研究分析》,载《改革与开放》2015年第24期。

并从法律的视角深入研究中国国有企业社会责任的基本问题，最终推动中国企业树立社会责任意识，切实履行社会责任。

在责任制度化的世界趋势下，中国对企业社会责任予以高度重视，十八届四中全会的决定也明确了社会责任不能仅停留在道德伦理层面，而要加强立法，建立合规式的企业社会责任绿色发展模式。上海交通大学凯原法学院副院长杨力教授指出，目前中国企业社会责任建设还存在整体水平不高、央企领跑外企偏低等问题，企业对客户、员工、环境的责任实践情况也不容乐观。在中国语境下，企业社会责任中涉及的白领犯罪、商业贿赂和规避税收问题成为重中之重。因此，企业对社会责任的理解不应该仅限于影响企业声誉或合规管理方面，而应该作为长远发展战略来进行考量。在通过建章立制来规范企业社会责任成为社会共识的前提下，责任立法还需在敲定关键议题的基础上进行对标分析，根据“责任价值最大化”和“责任优先顺位”，进一步确定关键议题所涉及的所有责任立法要素。

后金融时代的到来使得国家和企业都意识到不能再沿袭以往依赖透支劳工权益、无度破坏环境等“向下竞争”的方式获取红利。^[29] 而各国对企业社会责任的要求也不再停留于道德层面，而是通过法律加以规范。在中国，加强企业社会责任专项立法已成为实现依法治国的重要一环。

八、网络犯罪与虚拟货币

互联网时代的到来引发了网络犯罪的猖獗。作为成本低危害大的一类白领犯罪，网络犯罪具有极强的隐蔽性和复杂性。为了更好地打击新兴网络犯罪，各国都在不断更新法律制度以扩大适用范围，企业也开始积极采取措施防范网络犯罪的冲击。

互联网技术的日新月异使得网络犯罪不断出现新的犯罪手段和犯罪形态，这就要求各国及时更新相关法律，以适用于新的网络犯罪类型。从全球范围来看，2001年欧盟成员国以及美国、日本、加拿大等30个国家共同签署了第一部针对网络犯罪制定的《网络犯罪公约》，欧盟委员会又在2013年成立了欧洲网络犯罪中心，以保护欧洲民众和企业不受网络犯罪的危害。但在亚太地区却还没有订立类似的公约，全球协助打击网络犯罪还有待加强。^[30] 亚太网络法律、网络犯罪和互联网安全研究所的中心成员，早稻田大学法学院宝莲·C·莱西(Pauline C. Reich)教授梳理了亚洲地区国家关于网络犯罪的立法状况，其中日本、韩国、新加坡等国家有着发达的互联网技术，其立法也走在前列，而马来西亚、泰国、印度等国家还在尝试制定有关网络犯罪的法律，菲律宾的《预防网络犯罪法》更是因为违反宪法而被宣布暂停实施。基于网络犯罪对互联网技术的依赖性，对执法人员进行相关的技术业务培训成了必需，在大学课程中宜设置相关的综合课程，以增强网络技术与法律之间的跨学科融合与渗透。

对企业来说，网络攻击是一种很特殊的犯罪，不仅可能涉及多重的犯罪主体，而且关系到企业内部信息的披露问题，因此遭受网络攻击的企业往往手足无措且无力补救。根据2015年GSISS调查显示，超过76%的受访者都直接或间接地遭受过网络攻击，其中有关信用卡信息、投资者信息、医疗保险信息等领域是违法者的重点攻击对象。^[31] Ropes & Gray LLP 合伙人科里·A·雷

[29] 参见杨力：《企业社会责任的制度化》，载《法学研究》2014年第5期，第131页。

[30] 参见于志刚：《“信息化跨国犯罪”时代与〈网络犯罪公约〉的中国取舍——兼论网络犯罪刑事管辖权的理念重塑和规则重建》，载《法学论坛》2013年第2期，第94页。

[31] 参见2015年普华永道全球信息安全状况调查(GSISS调查)。

柏(Cory A. Lable)指出,网络犯罪已经成为各个行业中严重且多发的现实难题,企业首先要对信息进行严格审核,明确信息的用途和价值;其次还要评估企业保护能力,强化信息保护环境;更为重要的是应当采取信息保护措施,设置安全认证和权限管理策略,弥补管理系统漏洞,防止网络攻击。网络攻击致使的信息丢失在给企业造成巨大经济损失的同时还会使得企业丧失客户的信任,产生极其恶劣的影响。Debevoise & Plimpton LLP的合伙人安迪·Y.苏(Andy Y. Soh)认为,应对网络攻击风险只依靠执法机关是远远不够的,企业内部应该设立相应的监管部门,完善自身的信息保护系统,对任何有权进入系统的人统一进行网络调查,时时测试系统以发现和修复脆弱环节。企业自身还要建立技术风险法律框架,保证在攻击发生后能够及时采取措施并提出解决方案,尽力确保网络安全。

虚拟货币在网络犯罪中扮演着重要角色。以比特币为例,虚拟货币是一种新兴的去中心化互联网货币,其在各国的法律地位仍不明确。比特币的匿名特征使其成了犯罪的温床,一方面比特币通过电子支付方式实现了远程交易,另一方面其去中心化的优势避开了执法部门的追踪,因此比特币常常被犯罪分子利用作为洗钱的工具,以掩盖财产的非非法来源。^[32]美国司法部助理检察长凯瑟琳·R.豪恩(Kathryn R. Haun)指出比特币拥有强势的技术支持,其网络的核心是被称为“数据区块链”的交易注册系统,每十分钟一个新的“区块”就会被增加,并对所有比特币交易进行记录,由此执法部门如何获取和固定电子证据成为一大难题。虚拟货币的发展使网络犯罪呈现出新的形态,执法部门的监管陷入困境。

随着互联网技术的不断发展,信息网络安全成为国家重点保护对象。为了回应这一社会变化,我国《刑法修正案(九)》对涉及互联网犯罪的架构进行了修改,完善了惩治网络犯罪的刑法体系。为了遏制网络犯罪的全球蔓延趋势,国家之间还需克服文化和制度差异,加强国际司法协助,共同构建高层次全方位立体化的全球执法合作体系。

九、中美白领犯罪起诉的经验教训

中美两国虽然在国体、政体等方面有着本质的区别,但两国的白领犯罪在犯罪特征、犯罪手段及犯罪行为对社会所产生的危害结果等方面都有相似之处。其中企业海外贿赂和内部侵占问题成为两国打击白领犯罪的重中之重。无论是跨国企业还是民营企业,都必须在严格执法的潮流中加强自身的合规管理,对违法犯罪行为进行有效的识别。

中国近年来的反腐风暴对跨国企业的影响巨大,直接促使企业在应对国际调查的同时也开始重视中国监管部门的执法活动,不仅对企业自身的合规项目进行改善重建,而且还组建了专业的尽职调查团队对合作伙伴进行更加细致的调查。普华永道合伙人布莱恩·R.麦克金尼(Brian R. Mcginley)认为,相比过去只重视事后补救机制,现在企业应更多地将目光放在事前预防程序的建立上,实时监控企业资金的流动走向,把握各个部门的支出习惯,一旦出现异常变化立即采取相关措施,尽力遏制企业内部贪腐行为。企业制定的合规计划应当与其所面临的风险、业务的性质、规模和复杂性相称。因此企业可以根据社会要求、行业标准、自身的业务特点和发展状况建构切合自身要求的合规计划乃至内部伦理守则。企业的合规还应该和效益相协调,例如跨国企业大都存在滥用营销费用的问题,这在无形之中就提高了企业推广市场的成本。盛德国际律师事务所合伙

^[32] 参见师秀霞:《利用虚拟货币洗钱犯罪的防控策略》,载《中国人民公安大学学报》2016年第1期,第2页。

人唐正宇强调仅仅依靠强化合规管理是不足以防治营销腐败行为的，企业必须实际降低营销支出的指标，把费用控制在合理范围以内才能真正遏制腐败犯罪。

中美反腐败的侧重点有所不同，美国 1977 年颁布的 FCPA 主要关注的是企业的海外贿赂行为，而中国则更看重企业内部员工的腐败问题，即员工侵占企业资产的行为。在中国，无论是国企、私企还是跨国企业，员工侵占企业资产的现象十分普遍，但在司法实践中，由于经济犯罪和经济纠纷难以区分，公安机关通常不会受理民营企业员工的职务侵占案件，民营企业权益未获得有力保护。达芙妮国际控股有限公司总法律顾问武进峰认为，在司法改革的背景下，经济犯罪的立案审查模式应该进行改变，检察院作为法律监督机关应对公安机关的立案决定进行审查，重视民营企业中的违法犯罪行为。当前，企业内部的部门合作以及审计人员的帮助逐渐成为腐败的新形态，复杂的企业结构和烦琐的财务流程使得企业管理人员难以发现违法犯罪行为。瑞典爱生雅（集团）有限公司亚太区法务总监赵宾指出，为了适应犯罪手段的更新，企业的合规管理也需要不断改进，管理人员不能简单地进行程序化检查，应该深入到员工内部去获取相关线索和证据。对员工的合规培训也应该更加注重培训后的实际执行，从企业高层管理人员做起，把培训的内容实际运用到每一个会议和决策上，引导员工将合规计划与日常工作结合起来。

反腐败执法的推进反映出我国预防和惩治白领犯罪的决心，对商业贿赂行为的调查也使得企业开始主动采取应对措施，强化企业内部管理。随着全球一体化和各种科技手段的发展，白领犯罪将越来越复杂，执法机关和企业自身都必须不断调整监管机制，在总结经验教训的基础上探索出更加合理的应对策略。

十、结 语

本届会议围绕白领犯罪这一全球关注的主题，从反腐败侦查、企业合规管理、国际性内部调查、企业社会责任等多个角度展开讨论，内容充实，重点突出，体现出国际交流充分、研究对象细化、制度理念创新、理论实务交融的特点，对推动企业实施全球合规计划、积极开展国际性内部调查和披露信息、切实承担企业社会责任提供了理论支持和实践经验。而对查处白领犯罪中执法挑战的分析以及中美反腐败执法趋势和经验的比较研究则展示了两国预防和遏制白领犯罪研究的最新成果。本届会议对于我国运用法治手段惩治白领犯罪，保障市场经济健全发展具有重要意义。但与此同时，白领犯罪领域仍然存在一些问题有待探究，例如对简化境外电子证据收集程序、加大企业违法行为中的个人问责、完善宽恕制度的具体适用规则、实现国家间司法协助等现实难题还缺乏系统性研究，需要在未来防治白领犯罪的研究中进一步深化。

（责任编辑：林喜芬）